



Datum van inontvangstneming : 16/06/2015

Zaak C-216/15

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

12 mei 2015

Verwijzende rechter:

Bundesarbeitsgericht (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

17 maart 2015

Verzoekende partij, verwerende partij in hoger beroep, verwerende partij in cassatie:

Ruhrlandklinik gGmbH

Verwerende partij, verzoekende partij in hoger beroep, verzoekende partij tot cassatie:

Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH

BUNDESARBEITSGERICHT

[omissis]

Uitgesproken op

17 maart 2015

[omissis]

BESLUIT

In de [omissis] procedure tussen de partijen

1. Ruhrlandklinik gGmbH, [omissis]

verzoekende partij,

[omissis]

2. Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH, [omissis]

verzoekende partij in hoger beroep en verzoekende partij tot cassatie

[omissis]

heeft de Eerste kamer van het Bundesarbeitsgericht [omissis] het volgende vastgesteld:

[Or. 2]

I. Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt overeenkomstig artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie verzocht de volgende vraag te beantwoorden:

Is artikel 1, leden 1 en 2, van richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid van toepassing op de terbeschikkingstelling van een verenigingslid aan een andere onderneming om onder het vaktechnische en organisatorische gezag daarvan arbeid te verrichten, wanneer het verenigingslid zich bij het toetreden tot de vereniging ertoe heeft verplicht om zijn volledige arbeidskracht ook aan derden ter beschikking te stellen, waarvoor hij van de vereniging een maandelijkse vergoeding ontvangt die wordt berekend overeenkomstig de gebruikelijke criteria voor de desbetreffende werkzaamheden, en de vereniging voor de terbeschikkingstelling een vergoeding voor de personeelskosten van het verenigingslid alsook een vaste vergoeding voor administratieve kosten ontvangt?

II. De behandeling van de zaak wordt geschorst totdat op de prejudiciële vraag is beslist.

[omissis]

Motivering

A. Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

- 1 De werkgeefster heeft ongeveer 190 werknemers in dienst. Zij leidt in Essen een ziekenhuis. Procespartij is de bij haar gevormde ondernemingsraad.
- 2 De werkgeefster en de DRK-Schwesternschaft Essen e.V. [de vereniging van zusters van het Duitse Rode Kruis] (Schwesternschaft) sloten in 2010 een overeenkomst die werd aangeduid als een „detacheringsovereenkomst”. Op grond daarvan belast de Schwesternschaft zich ermee verplegend en verzorgend personeel bij de werkgeefster in te zetten. Bij dit personeel gaat het om verenigingsleden van de Schwesternschaft.

[Or. 3]

Tijdens hun werkzaamheden in het ziekenhuis zijn de leden van de Schwesternschaft onderworpen aan het vaktechnische en organisatorische gezag van de werkgeefster. Voor de terbeschikkingstelling ontvangt de Schwesternschaft van de werkgeefster een detacheringsvergoeding. Deze omvat de brutopersoneelskosten en een vaste vergoeding van drie procent voor administratieve kosten. De Schwesternschaft beschikt sinds december 2011 over toestemming om werknemers ter beschikking te stellen.

- 3 De Schwesternschaft is juridisch opgezet in de vorm van een ingetragener Verein [geregistreerde vereniging]. In § 1, lid 3, en § 2 van haar statuten omschrijft zij zich als een vereniging die „het haar leden mogelijk maakt in de geest van liefdadigheid onder het teken van het Rode Kruis hun beroep uit te oefenen en het saamhorighedsbewustzijn versterkt”. De Schwesternschaft „werkt belangeloos en streeft niet in de eerste plaats eigen financiële doeleinden na”. Volgens de statuten van de vereniging kunnen personen lid worden ter uitoefening van hun beroep, wanneer zij het recht hebben een beroep in de zieken- en gezondheidszorg uit te oefenen. Deze verenigingsleden zijn verplicht de Schwesternschaft hun volledige arbeidskracht ter beschikking te stellen. Hun werkzaamheden voeren zij of bij de Schwesternschaft of in het kader van detacheringsovereenkomsten bij derden in zieken- en gezondheidszorginstellingen uit. Zij ontvangen onder andere een maandelijkse vergoeding, die wordt berekend overeenkomstig de gebruikelijke criteria voor de desbetreffende werkzaamheden, reis- en verhuiskosten, aanspraak op aanvullend pensioen, jaarlijkse vakantie alsook doorbetaling bij door ongeval of ziekte veroorzaakte arbeidsongeschiktheid. Indien sprake is van een ernstige reden kan een lid van de Schwesternschaft worden geroyeerd.
- 4 De Schwesternschaft is door haar lidmaatschap van de federatie van Schwesternschaften van het Duitse Rode Kruis aangesloten bij het Duitse Rode Kruis e.V. (DRK). Dit is onderdeel van de Internationale Rode Kruis- en Rode Halve Maanbeweging. In totaal behoren ongeveer 22 000 Rode Kruiszusters en -broeders tot de landelijk drie en dertig Schwesternschaften van het Duitse Rode Kruis. Deze werken zowel in eigen instellingen van de Schwesternschaften van

het Duitse Rode Kruis alsook in het kader van detacheringsovereenkomsten in instellingen van andere rechtspersonen. **[Or. 4]** De DRK-Schwesternschaft Essen e.V. sluit sinds 2003 met verplegers geen arbeidsovereenkomst meer af. Zij neemt deze nog slechts als verenigingsleden op.

- 5 Een van deze zusters is K. Zij zou in het bedrijf van de werkgeefster vanaf 1 januari 2012 op grond van de met de Schwesternschaft in 2010 afgesloten detacheringsovereenkomst voor onbepaalde tijd in de verpleging worden ingezet. Bij schrijven van 2 december 2011 weigerde de ondernemingsraad toestemming te geven voor de aanstelling, omdat K niet tijdelijk zou worden ingezet en dit in strijd zou zijn met de wet op de terbeschikkingstelling van werknemers. De werkgeefster zet K. sinds 1 januari 2012 in het kader van een [ex § 100 van de wet op de ondernemingsraden getroffen] voorlopige personeelsmaatregel in haar ziekenhuis in de verpleging in.
- 6 In de [omissis]procedure die de werkgeefster aanhangig heeft gemaakt tegen het besluit, heeft deze de rechter gevraagd toestemming te geven voor het aanstellen van K dat door de ondernemingsraad was geweigerd. Zij was van mening dat geen sprake was van de reden die was aangevoerd om toestemming te weigeren. De wet op de terbeschikkingstelling van werknemers zou niet van toepassing zijn, omdat K verenigingslid van de Schwesternschaft zou zijn en geen werkneemster ervan. De lagere rechterlijke instanties hebben de toestemming die door de ondernemingsraad was geweigerd, gegeven. Hiertegen richt zich het cassatieberoep van de ondernemingsraad.

B. Toepasselijk nationaal recht

I. Wettelijke bepalingen

1. Wet op de ondernemingsraden

- 7 § 99, leden 1, eerste zin, en 2, nr. 1, van de laatstelijk bij wet van 20 april 2013 (BGBl. I, blz. 868) gewijzigde wet op de ondernemingsraden luidt in de versie van 25 september 2001 als volgt:

„§ 99 Medezeggenschap bij personeelsmaatregelen van individuele aard

(1) In ondernemingen met normaliter meer dan twintig kiesgerechtigde werknemers dient de werkgever de ondernemingsraad voor iedere aanstelling, ... te informeren, hem de vereiste sollicitatiestukken voor te leggen en informatie over de persoon van betrokkene te geven; hij dient **[Or. 5]** de ondernemingsraad op vertoon van de vereiste stukken informatie over de gevolgen van de voorgenomen maatregel te geven en de toestemming van de ondernemingsraad voor de voorgenomen maatregel te verkrijgen. [...]

(2) De ondernemingsraad kan toestemming weigeren, indien

1. de personeelsmaatregel in strijd zou zijn met een wet,
[...]"
- 8 Een aanstelling in de zin van § 99, lid 1, eerste zin, van de wet op de ondernemingsraden vereist niet dat een dienstbetrekking tot stand komt met de eigenaar van het bedrijf waar iemand wordt ingezet. Van de vereisten van § 99, lid 1, eerste zin, van de wet op de ondernemingsraden is volgens de rechtspraak van het Bundesarbeitsgericht reeds dan sprake, wanneer personen in het bedrijf worden ingeschakeld om samen met de werknemers die daar reeds werkzaam zijn in een verhouding van ondergeschiktheid werkzaamheden te verrichten ter verwezenlijking van het doel van hun functie [omissis].
2. Wet op de terbeschikkingstelling van werknemers
- 9 § 1, lid 1, eerste en tweede zin, van de laatstelijk bij de eerste wet tot wijziging van de wet op de terbeschikkingstelling van werknemers – voorkoming van misbruik van de terbeschikkingstelling van werknemers van 28 april 2011 (wet ter voorkoming van misbruik, BGBl. I, blz. 642) gewijzigde wet op de terbeschikkingstelling van werknemers, luidt in de versie die sinds 1 december 2011 van kracht is, als volgt:

„§ 1 Toestemmingsverplichting

- (1) Werkgevers die in het kader van hun bedrijfsuitoefening als uitlener aan derden (inleners) werknemers (uitzendkrachten) ter beschikking willen stellen om werkzaamheden te verrichten, hebben [daarvoor] toestemming nodig. De terbeschikkingstelling van werknemers aan inleners is van tijdelijke aard. [...]"
- 10 Volgens de rechtspraak van het Bundesarbeitsgericht verbiedt § 1, lid 2, tweede zin, van de wet op de terbeschikkingstelling van werknemers, in de versie die sinds 1 december 2011 van kracht is, de terbeschikkingstelling van werknemers aan inleners die niet slechts van tijdelijke aard is. Op **[Or. 6]** dit wettelijke verbod kan de binnen het bedrijf van een inlener gevormde ondernemingsraad zich bij het aannemen van een uitzendkracht beroepen [omissis]. In een dergelijk geval mag de uitzendkracht niet bij de inlenende onderneming worden ingezet.

II. Nationale rechtspraak met betrekking tot de toepassing van de wet op de terbeschikkingstelling van werknemers

- 11 1. Eerbiediging van § 1, lid 1, eerste zin, van de wet op de terbeschikkingstelling van werknemers, vereist dat het bij de persoon die voor het verrichten van werkzaamheden aan een inlener ter beschikking is gesteld, gaat om een werknemer van de uitlener [omissis]. De wet op de terbeschikkingstelling van werknemers bevat zelf geen definitie van het begrip „werknemer”. Evenzo ontbreekt in het nationale recht een voor alle arbeidsrechtelijke wetten geldende

[wettelijke] definitie van de hoedanigheid van werknemer. Bij de toepassing van § 1, lid 1, eerste zin, van de wet op de terbeschikkingstelling van werknemers dient derhalve van het in de rechtspraak ontwikkelde algemene begrip „werknemer” uit te gaan. Op grond van dat begrip is een werknemer iemand die op grond van een privaatrechtelijke overeenkomst in dienst van een ander verplicht is in een verhouding van persoonlijke ondergeschiktheid door anderen bepaalde arbeid te verrichten [omissis].

- 12 2. Leden van de Schwesternschaften van het Duitse Rode Kruis zijn krachtens de rechtspraak van het Bundesarbeitsgericht geen werknemers in de zin van het in het nationale recht gebruikte algemene begrip „werknemer”. Hun door anderen bepaalde arbeid verrichten zij wel in een persoonlijke ondergeschiktheid. De rechtsgrondslag voor de diensten die zij verschuldigd zijn, is echter geen privaatrechtelijke overeenkomst, maar het onafhankelijke, persoonlijke toetreden tot de Schwesternschaft en de verplichting die daaraan verbonden is om de contributie van de Schwesternschaft in persoonlijke ondergeschiktheid te voldoen. Het nationale recht kent geen rechtsnorm volgens welke bij dergelijke diensten uitsluitend een dienstbetrekking tot stand komt. In overeenstemming met de grondwettelijk beschermde vrijheid van vereniging (artikel 9, lid 1, van de Duitse grondwet) kunnen ondergeschikte diensten ook als lidmaatschapsbijdrage worden verricht, voor zover dwingende arbeidsrechtelijke beschermingsbepalingen door de arbeidsverplichting [Or. 7] niet worden ontdoken. Het Bundesarbeitsgericht heeft verklaard dat bij de voor verenigingsleden in de statuten en ledenreglementen van Schwesternschaften voorziene diensten geen sprake is van een dergelijke ontduiking [omissis].

C. Relevante bepalingen van Unierecht

- 13 De artikelen 1, leden 1 en 2, 2, en 3, lid 1, onder a), van richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid (PB L 327 van 5 december 2008, blz. 9), luiden als volgt:

„Artikel 1

Toepassingsgebied

1. Deze richtlijn is van toepassing op werknemers met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau, die ter beschikking worden gesteld van inlenende ondernemingen om onder toezicht en leiding van genoemde ondernemingen tijdelijk te werken.

2. Deze richtlijn is van toepassing op openbare en particuliere ondernemingen die uitzendbureaus of inlenende ondernemingen zijn en een economische activiteit uitoefenen, al dan niet met winstoogmerk.

[...]

Artikel 2

Doel

Deze richtlijn heeft tot doel de bescherming van uitzendkrachten te garanderen en de kwaliteit van het uitzendwerk te verbeteren door de naleving van het in artikel 5 vervatte beginsel van gelijke behandeling ten aanzien van de uitzendkrachten te waarborgen, en uitzendbureaus als werkgever te erkennen, daarbij rekening houdend met de noodzaak om een geschikt kader te creëren voor de gebruikmaking van uitzendwerk teneinde bij te dragen tot de schepping van werkgelegenheid en de ontwikkeling van flexibele arbeidsvormen. **[Or. 8]**

Artikel 3

Definities

1. In deze richtlijn wordt verstaan onder:

- a) ‚werknemer‘: iedere persoon die in de betrokken lidstaat krachtens de nationale arbeidswetgeving bescherming geniet als werknemer;

[...]”

D. Relevantie en verduidelijking van de prejudiciële vraag

- 14 I. De beslissing over het verzoek van de werkgeefster om toestemming te geven, is afhankelijk van de gegrondheid van de door de ondernemingsraad aangevoerde reden om toestemming te weigeren op grond van § 99, lid 2, nr. 1, van de wet op de ondernemingsraden. Bij het voorgenomen inzetten van K gaat het om een aanstelling in de zin van § 99, lid 1, eerste zin, van de wet op de ondernemingsraden. Daarover heeft de werkgeefster de ondernemingsraad volgens de voorschriften geïnformeerd. Het op grond daarvan ontvankelijke verzoek van de werkgeefster zou moeten worden verworpen, indien K gedurende haar inzet bij de werkgeefster als werknemer in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 2008/104/EG zou moeten worden beschouwd en het ter beschikking stellen in ruil voor de bruto personeelskosten plus een vaste vergoeding voor administratieve kosten een economische activiteit van de Schwesternschaft in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 2008/104/EG vormt. Indien richtlijn 2008/104/EG op deze feiten van toepassing zou zijn, zou § 1, eerste en tweede zin, van de wet op de terbeschikkingstelling van werknemers volgens de beginselen van de Unierechtconforme uitlegging aldus moeten worden uitgelegd, dat het inzetten van K een terbeschikkingstelling van een werknemer van niet-tijdelijke aard vormt, die krachtens het nationale recht niet is toegestaan.

- 15 II. Het Bundesarbeitsgericht is niet in staat om met de zekerheid die voor een hoogste instantie geboden is, te beoordelen of het zich bij de toepassing van § 1, lid 1, eerste zin, van de wet op de terbeschikkingstelling van werknemers kan beroepen op de grondbeginselen die in het nationale recht gelden met betrekking tot de hoedanigheid van werknemer en welke eisen krachtens het Unierecht gelden met betrekking tot een economische activiteit.
- 16 1. Het is niet voldoende duidelijk of het Unierecht eraan in de weg staat, dat een beroep wordt gedaan op de grondbeginselen die in het nationale recht gelden met betrekking tot de **[Or. 9]** beoordeling of iemand die krachtens § 1, lid 1, eerste zin, van de wet op de terbeschikkingstelling van werknemers aan derden ter beschikking wordt gesteld om arbeid te verrichten, de hoedanigheid van werknemer heeft.
- 17 a) Ingevolge artikel 3, lid 1, onder a), van richtlijn 2008/104/EG betekent de term „werknemer” iedere persoon die in de betrokken lidstaat krachtens de nationale arbeidswetgeving bescherming geniet als werknemer. Ingevolge de verwijzing in dat artikel naar het recht van de lidstaten dient bij het uitleggen van het nationale recht niet van het Unierechtelijke begrip „werknemer” te worden uitgegaan.
- 18 b) Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie kan het Unierecht echter zelfs wanneer de definitie van het begrip „werknemer” uitgaat van het nationale recht, de beoordelingsruimte van de lidstaten beperken. De in een richtlijn gebruikte begrippen kunnen op grond daarvan slechts in die mate overeenkomstig het nationale recht en/of nationale praktijken worden gedefinieerd, voor zover het nuttig effect van de richtlijn en de algemene beginselen van het Unierecht in acht blijven genomen. Volgens het Hof van Justitie mogen de lidstaten daarom geen regeling toepassen die de verwezenlijking van de door een richtlijn nagestreefde doelstellingen in gevaar kan brengen en deze richtlijn daardoor haar nuttig effect kan ontnemen. In het bijzonder mag een lidstaat niet naar eigen goeddunken, onder schending van het nuttig effect van de desbetreffende richtlijn, bepaalde categorieën personen uitsluiten van de daarmee beoogde bescherming (arrest van 1 maart 2012, O’Brien, C-393/10, punt 34 e.v.).
- 19 c) Het is niet volkomen duidelijk of de met richtlijn 2008/104/EG nagestreefde doeleinden op losse schroeven komen te staan, indien de voorschriften die in het nationale recht met betrekking tot uitzendarbeid van kracht zijn, slechts dan een rol spelen wanneer degene die in een inlenende onderneming ter beschikking wordt gesteld om arbeid te verrichten, met de uitlener een arbeidsovereenkomst heeft afgesloten.
- 20 aa) Ingevolge artikel 2 van richtlijn 2008/104/EG heeft de richtlijn tot doel de bescherming van uitzendkrachten te garanderen en de kwaliteit van het uitzendwerk te verbeteren door de naleving van het beginsel van gelijke behandeling ten aanzien van de uitzendkrachten te waarborgen, en uitzendbureaus

als werkgever te erkennen, **[Or. 10]** daarbij rekening houdend met de noodzaak om een geschikt kader te creëren voor de gebruikmaking van uitzendwerk teneinde bij te dragen tot de schepping van werkgelegenheid en de ontwikkeling van flexibele arbeidsvormen.

- 21 bb) Op grond daarvan is het mogelijkwerwijs niet met het Unierecht te verenigen, indien de leden van de Schwesternschaften de in richtlijn 2008/104/EG voorziene beschermende bepalingen alleen daarom onthouden blijven, omdat hun rechtsverhouding naar het nationale recht niet als een arbeidsbetrekking dient te worden beschouwd. Uitzendkrachten en leden van de Schwesternschaften zijn in dezelfde mate in hun rechtsverhouding verplicht tot het in ondergeschiktheid tegen betaling van een vergoeding verrichten van arbeid. Beide categorieën personen kunnen ter beschikking worden gesteld aan inlenende ondernemingen om onder hun gezag arbeid te verrichten. Ook de activiteiten van de als uitzendbureaus en inlenende ondernemingen handelende rechtspersonen onderscheiden zich niet van elkaar. Het uitsluiten van de werkingssfeer van richtlijn 2008/104/EG van personen die ter beschikking worden gesteld aan inlenende ondernemingen om werkzaamheden te verrichten, is derhalve ook van belang voor de concurrentieverhouding van uitzendbureaus in de zorg.
- 22 cc) Ook de tekst van het tweede alternatief van artikel 1, lid 1, van richtlijn 2008/104/EG zou ervoor kunnen pleiten dat de categorisering van de rechtsverhouding die bestaat tussen de uitlener en degene die ter beschikking wordt gesteld om arbeid te verrichten, voor het Unierecht niet van belang is. Het afsluiten van een arbeidsovereenkomst is slechts vereist voor het bestaan van de hoedanigheid van werknemer krachtens het eerste alternatief. Als werknemers zijn volgens het tweede alternatief diegenen te beschouwen die met een uitzendbureau een arbeidsverhouding zijn aangegaan. Dit kan zodanig worden begrepen dat de desbetreffende persoon zich jegens de uitlener – ongeacht het soort rechtsverhouding dat daardoor tot stand is gekomen – slechts moet hebben verplicht tot het verrichten van door een ander bepaalde arbeid, en onder diens gezag.
- 23 2. Het Bundesarbeitsgerichtshof kan evenmin beoordelen of de terbeschikkingstelling van leden van de Schwesternschaft aan inlenende ondernemingen voldoet aan de eis van een **[Or. 11]** „economische activiteit” in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 2008/104/EG. Wel is volgens de tekst ervan het ontbreken van een winstoogmerk van de uitleenonderneming niet in strijd met de economische activiteit. Dat zou ervoor kunnen pleiten dat richtlijn 2008/104/EG ook op de terbeschikkingstelling van uitzendkrachten door rechtspersonen zonder winstoogmerk van toepassing is. De beantwoording van deze vraag heeft echter betrekking op de uitlegging van het Unierecht, wat krachtens artikel 267 VWEU aan het Hof van Justitie is opgedragen.

[omissis]